



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Nullstundenverträge – Grenzen arbeitsvertraglicher
Flexibilisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf Lage und Dauer
der Arbeitszeit“**

Dissertation vorgelegt von Ferdinand Hultzsch

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Mark Lembke

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

A. Gegenstand der Untersuchung

Zu Beginn dieser Untersuchung steht ein Problem: der Interessenkonflikt zwischen einem Flexibilisierungsbestreben der Arbeitgeber und dem Wunsch nach Planungssicherheit der Arbeitnehmer. In Anbetracht des sich verstärkenden globalen Wettbewerbs und der sich stetig wandelnden Rahmenbedingungen ist es ein legitimes Anliegen der Wirtschaft, möglichst flexibel reagieren zu können, insbesondere den Personalbedarf rasch anpassen zu können. Ein mögliches Instrument zur Flexibilisierung ist die Schaffung einer variablen Arbeitszeit mittels der Arbeit auf Abruf. Die radikalste Form der Arbeit auf Abruf ist der sog. Nullstundenvertrag. Der Nullstundenvertrag lässt sich beschreiben als ein Vertrag, dessen Gegenstand die Leistung entgeltlicher Dienste ohne zeitlichen Mindestumfang in Form der Arbeit auf Abruf ist, und der dadurch geprägt ist, dass nur die tatsächlich erbrachte Leistung vergütet wird. Im weiteren Verlauf der Arbeit richtet sich die Untersuchung über den Nullstundenvertrag hinaus auch auf Rechtsprobleme der Arbeit auf Abruf im Allgemeinen. Diese Ausweitung ist erforderlich, da der Nullstundenvertrag als besondere Spielart der Arbeit auf Abruf die Klärung dieser allgemeineren Fragen voraussetzt.

Um überhaupt eine rechtliche Bewertung von Nullstundenverträgen vornehmen zu können, ist zunächst zu klären, um was für einen Vertragstyp es sich überhaupt handelt. Zwar werden entsprechende Gestaltungen vielfach ohne Weiteres als Arbeitsverträge bezeichnet, doch selbstverständlich ist dies keinesfalls. Insbesondere bei Nullstundenverträgen mit Ablehnungsrecht ist fraglich, ob überhaupt ein für einen Vertragsschluss ausreichender Bindungswille besteht. Daher bedarf es einer eingehenden Überprüfung, wie derartige Vertragsgestaltungen einzuordnen sind.

Den zweiten und umfangreichsten Block dieser Untersuchung bildet die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Nullstundenverträge überhaupt wirksam vereinbart werden können. Dazu wird zunächst der Umgang der Praxis mit entsprechenden Gestaltungen untersucht. Dabei zeigt sich, dass sich die Bewertung von Vereinbarungen über flexible Arbeitszeiten in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt hat und diese Entwicklung noch immer nicht abgeschlossen ist. Im weiteren Verlauf wird sich die aufgezeigte Entwicklung in der Rechtsprechung im Zusammenspiel mit der historischen Entwicklung in der Gesetzgebung als elementar für das Verständnis flexibler Arbeitszeiten herausstellen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der zum 01.01.2019 in Kraft getretenen Neufassung des § 12 TzBfG.

In einem dritten und letzten Schritt ist zu ermitteln sein, was eigentlich im Falle der Unwirksamkeit einer Nullstundenvereinbarung gelten soll. Denn Fakt ist, dass Nullstundenverträge in der Praxis vielfach abgeschlossen und durchgeführt werden. Dass beiden Parteien mit einer Unwirksamkeit der Vereinbarung kaum geholfen sein dürfte, erscheint naheliegend. Daher kommen im Wesentlichen zwei Möglichkeiten in Betracht, um die infolge der etwaigen Unwirksamkeit entstehende Lücke zu schließen: eine Fiktion der Arbeitszeit anhand des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG sowie eine ergänzende Vertragsauslegung zur Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens.

B. Rechtliche Einordnung des Nullstundenvertrags

Am Anfang der rechtlichen Überlegungen steht die Frage, wie Nullstundenverträge rechtlich einzuordnen sind. Die Antwort auf diese Frage entscheidet über das Eingreifen des zwingenden Arbeitnehmerschutzes in all seinen Ausprägungen. Hier geht es zunächst um die Abgrenzung zu Werkverträgen und freien Dienstverträgen. Als besonders problematisch erweist sich dann die rechtliche Einordnung eines Nullstundenvertrags mit Ablehnungsrecht. Die Rechtsprechung und die wohl herrschende Literatur sind der Auffassung, bei der am Anfang stehenden Vereinbarung handele es sich nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um eine schlichte Rahmenvereinbarung. Erst im Zeitpunkt des jeweiligen – nicht abgelehnten – Abrufs komme ein auf ebendiesen Abruf befristetes Arbeitsverhältnis zustande.

Die Auslegung der Nullstundenvereinbarung mit Ablehnungsrecht ergibt, dass diese grundsätzlich als Arbeitsvertrag anzusehen ist. Dies hat nicht nur Bedeutung für die Fälle, in denen die Parteien den Vertragstypus nicht bestimmen, sondern auch für diejenigen, in denen ein Arbeitsvertrag explizit ausgeschlossen wird. Dies gilt zumindest für die typische Vereinbarung, die zur Deckung eines dauerhaften, aber im Umfang schwankenden Arbeitsbedarfs abgeschlossen wird. Ergibt die Vertragsdurchführung, dass ein ständiger Arbeitsbedarf besteht, können die Rechtsbeziehungen nicht ohne sachlichen Grund künstlich in einzelne Arbeitsverhältnisse aufgespalten werden. Diese Interpretation entgegen der überwiegenden Auffassung in der Literatur und der ständigen Rechtsprechung wirkt auf den ersten Blick ungewöhnlich und ein Stück weit unkonventionell. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass allein sie dem Parteiwillen Rechnung trägt. Die enormen praktischen Schwierigkeiten, die mit der Befristung der einzelnen Arbeitseinsätze einhergehen, sowie die Untergrabung arbeitsrechtlicher Schutznormen führen dazu, dass nur ein Arbeitsvertrag den objektiven Interessen und Zielen redlicher Vertragspartner entspricht. Dabei ist die Redlichkeit besonders zu betonen, da es in der Praxis durchaus Bestrebungen gibt, das Arbeitsrecht auf Kosten der Beschäftigten zu umgehen. Doch redliche Parteien wählen keine rechtliche Gestaltung allein mit dem Ziel, Schutznormen des Arbeitsrechts zu umgehen. Soweit in der Praxis mit diesem Ziel explizit bloße Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden, liegt ein institutioneller Rechtsmissbrauch vor.

Zugleich fördert eine vom Ablehnungsrecht unabhängige Einstufung der Nullstundenvereinbarung als Arbeitsvertrag die Rechtssicherheit. Denn Abgrenzungsprobleme zwischen Arbeitsvertrag und Rahmenvereinbarung werden auf diese Weise vermieden. Da für die Einordnung als Arbeitsvertrag maßgeblich auf die tatsächliche Vertragsdurchführung abzustellen ist, entstünden andernfalls Schwierigkeiten bei der Feststellung, ob ein Ablehnungsrecht tatsächlich besteht. Denn trotz eines auf dem Papier existierenden Ablehnungsrechts kann der Arbeitsabruf von den Parteien als faktisch verbindlich angesehen werden. Welche Bedeutung sie dem Ablehnungsrecht beimessen, ist in der Praxis vor allem nach noch kurzer Vertragslaufzeit nur schwer festzustellen. Warum der Arbeitnehmer dem Abruf folgt, ist für den Arbeitgeber und im Falle einer Klage auch für das Gericht nicht ohne Weiteres erkennbar. So wird in der Praxis häufig unklar bleiben, ob der Arbeitgeber eine Ablehnung schlicht nicht zulässt oder der Beschäftigte lediglich auf den Lohn für die Beschäftigung angewiesen ist und es in der bisherigen Zeit lediglich zu keiner Pflichtenkollision gekommen ist. Nach hier vertretener Auffassung sind Nullstundenverträge jedoch in aller Regel als Dauerarbeitsverhältnis anzusehen, sodass die entsprechenden Normen des Arbeitsrechts Anwendung finden. Dies wird im Folgenden auch für die Inhaltskontrolle der Nullstundenverträge von Bedeutung sein. Denn ob die Möglichkeit der jederzeitigen Absenkung des Arbeitsumfangs mit den allgemeinen und arbeitsrechtlichen Normen vereinbar ist, bedarf einer genauen Untersuchung.

In Rechtsprechung und Literatur sind in jüngerer Zeit durchaus Tendenzen zu erkennen, die sich als schrittweiser Meinungswandel in Richtung der hier vertretenen Auffassung verstehen lassen. Zumindest in regulären Arbeitsverhältnissen werden kürzere Unterbrechungen bei einem hinreichenden Zusammenhang zwischen einzelnen Einsätzen vermehrt für unbeachtlich gehalten, um einen effektiven Schutz des Arbeitnehmers zu gewährleisten. Sind die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien von vornherein auf solche Unterbrechungen angelegt, erscheint es nicht nur konsequent, sondern erst recht erforderlich, von einem Dauerarbeitsverhältnis auszugehen. Für die Praxis gilt es allerdings zu bedenken, dass der Abschluss eines Nullstundenvertrags mit Ablehnungsrecht von der Rechtsprechung nach wie vor aufgrund einer vermeintlich fehlenden Verpflichtung als bloße Rahmenvereinbarung angesehen wird. Dem können die Parteien aber beispielsweise mit der Ausgestaltung des Ablehnungsrechts als auflösende Bedingung begegnen. Dazu reicht es aus, die Ablehnungsgründe zu konkretisieren. Sie können etwa auf persönliche oder berufliche Pflichtenkollisionen unter Ausschluss der puren Willkür beschränkt werden. Dies erhöht nicht nur die Planungssicherheit des Arbeitgebers durch eine steigende Wahrscheinlichkeit für die Befolgung des Arbeitsabrufs, sondern beseitigt letzte Zweifel an der Einordnung der Vereinbarung als Arbeitsvertrag.

C. Rechtsprechung zu Wirksamkeit und Folgen flexibler Arbeitszeiten

Maßgebliche Bedeutung für die Bewertung variabler Arbeitszeiten hat die durch das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2005 begründete 25%-Rechtsprechung. Die Entscheidung veränderte die bis dahin geltende Rechtsprechung gleich in dreifacher Hinsicht. Zunächst wurde die Inhaltskontrolle nicht mehr starr an der Frage einer Umgehung des Kündigungsschutzes, sondern an AGB-rechtlichen Kriterien ausgerichtet. Diese flexiblen Regelungen ließen einen größeren Entscheidungsspielraum zu. Zudem wurde das Bestimmtheitserfordernis des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG so interpretiert, dass ihm auch eine Mindestarbeitszeit genüge. Zuletzt wurde die infolge der Unwirksamkeit entstehende Lücke im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung und nicht mehr starr anhand der Fiktion nach § 12 Abs. 1 Satz 3, 4 TzBfG geschlossen.

Diese Rechtsprechung wurde bis heute nicht ausdrücklich widerrufen und schien zunächst weiterhin Geltung zu beanspruchen. Dies zeigen diverse Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte, die sich in jüngster Zeit weiterhin auf ebenjene Entscheidung des 5. Senats und damit auf die 25%-Grenze beriefen. Zweifel an dieser Rechtsprechung ließ überraschenderweise der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts selbst aufkommen, indem er in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 seine eigens entwickelte 25%-Rechtsprechung vollkommen unberücksichtigt ließ. Er verzichtete gänzlich auf die materielle Prüfung einer Vereinbarung über flexible Arbeitszeiten anhand der §§ 307 ff. BGB und griff stattdessen auf die gesetzlich fingierte Arbeitszeit des § 12 Abs. 1 Satz 3, 4 TzBfG zurück.

Zum 01.01.2019 trat jedoch eine neue Fassung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes in Kraft. Hier kodifizierte der Gesetzgeber ausdrücklich die 25%-Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und schrieb in § 12 Abs. 2 TzBfG die Grenzwerte fest, die bei dem Abruf variabler Arbeitszeiten zu beachten sind. Dadurch wurde einer Abkehr von diesen Werten ein Riegel vorgeschoben.

D. Wirksamkeit der Nullstundenabrede

Nach einer eingehenden Prüfung der Wirksamkeit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten ist als vordringliches Ergebnis festzuhalten, dass Nullstundenverträge zur Deckung eines dauerhaften Arbeitsbedarfs nicht wirksam abgeschlossen werden können. Dies gilt unabhängig von der Vereinbarung eines Ablehnungsrechts. Der Gesetzgeber verbietet ausdrücklich weder besonders geringe noch variable Arbeitszeiten. Er stellt mit § 12 TzBfG im Gegenteil klar, dass die Arbeitszeit grundsätzlich vom Arbeitsbedarf abhängig gemacht werden darf. Dabei sind jedoch auf einer ersten Stufe die besonderen Anforderungen dieser Norm zu beachten, insbesondere ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eine „bestimmte Dauer“ der Arbeitszeit festzulegen.

Die umfassende Auslegung der Norm ergibt, dass diesem Erfordernis auch die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit gerecht wird. Dies liegt vor allem darin begründet, dass die Einführung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht infolge der Schuldrechtsmodernisierung zu einem partiellen Funktionsverlust des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG bzw. zu einer partiellen Funktionsverlagerung auf die §§ 305 ff. BGB geführt hat. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG kann auf die Funktion beschränkt werden, den Arbeitnehmer vor dem gänzlichen Ausbleiben des Leistungsabrufs zu bewahren. Dem wird eine Mindestarbeitszeit ebenso gerecht wie eine Durchschnittsarbeitszeit. Der AGB-Kontrolle kommt nun die Funktion zu, den Arbeitnehmer vor einer unangemessen weitergehenden Flexibilisierung der Arbeitszeit zu bewahren. Die Unterscheidung dieser beiden Ebenen ist für die Prüfung solcher Vereinbarungen ebenso wie für die Rechtsfolgen von maßgeblicher Bedeutung, wurde in der Vergangenheit aber häufig nicht hinreichend beachtet. Die mögliche Interpretation der „bestimmten Dauer“ als Mindest- oder Höchstarbeitszeit stellt nun auch die neue Fassung des § 12 Abs. 2 TzBfG ausdrücklich klar.

Für Nullstundenverträge bedeutet dies zunächst, dass diese mangels Festsetzung einer Mindest-, Höchst- oder Durchschnittsarbeitszeit gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG verstoßen, was nach Satz 3 dieser Vorschrift die Fiktion einer zwanzigstündigen Mindestarbeitszeit auslöst. Hingegen würde ein „Einstundenvertrag“ zumindest nicht gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG verstoßen.

Zum Schutz des Arbeitnehmers vor einer unangemessenen Benachteiligung durch einen zu hohen variablen Anteil am Arbeitsumfang ist auf einer zweiten Stufe eine AGB-Kontrolle durchzuführen. Denn unter Beachtung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG kann zwar keine Arbeitszeit von null Stunden, wohl aber eine Arbeitszeit von einer Stunde vereinbart werden. Sind die §§ 305 ff. BGB nicht anwendbar, weil etwa eine frei ausgehandelte Individualvereinbarung vorliegt, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die eine fest vereinbarte Stunde hinaus bis zu den Grenzen des Arbeitszeitgesetzes abrufen.

In Formulararbeitsverträgen ist eine solche Bestimmung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie aufgrund einer nahezu vollständigen Übertragung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer mit den wesentlichen Grundgedanken des § 615 Satz 1 BGB nicht zu vereinbaren ist. Dies führt zur Unwirksamkeit der Regelung. Die Grenze zur unangemessenen Benachteiligung ist überschritten, wenn der variable Teil des Arbeitsumfangs mehr als 25 % der Mindestarbeitszeit beträgt. Wird ein Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers vereinbart, darf der variable Teil nach dem Kompensationsgedanken erhöht werden, da die Interessen des Arbeitnehmers an einer ausreichenden Planungssicherheit auf andere Art und Weise besondere Berücksichtigung finden.

Die Prüfung insgesamt hat ergeben, dass im Kern der 25%-Entscheidung des Fünften Senats aus dem Jahr 2005 zuzustimmen ist. Ein weitergehender Flexibilisierungsrahmen, wie ihn der Fünfte Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2014 vermeintlich vertreten hat, ist abzulehnen. Wie der Senat selbst erkannte, ist eine vertragliche Gestaltung ohne festgelegte Mindestarbeitszeit nicht automatisch unwirksam, sondern führt zunächst zur Fiktion einer nun zwanzigstündigen Arbeitszeit. Es darf aber nicht übersehen werden, dass in einem zweiten Schritt der variable Teil der Arbeitszeit bestimmt und anhand der §§ 305 ff. BGB bewertet werden muss. Übersteigt der variable Anteil 25 % der Mindestarbeitszeit, ist die Regelung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Wurde keine Arbeitszeit vereinbart, muss auf der Basis der Fiktion nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG von einer minimalen Arbeitszeit von zwanzig Stunden und einer maximalen Arbeitszeit entsprechend den Grenzen des § 3 ArbZG ausgegangen werden. Der Arbeitgeber könnte zwischen zwanzig und 48 Stunden pro Woche abrufen, was einem variablen Anteil von 140 % entspräche. Eine solche Vereinbarung ist nach hier vertretener Auffassung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der mit § 12 Abs. 2 TzBfG ausdrücklich an der 25%-Rechtsprechung festhalten will und vorgibt, wie ein angemessener Interessenausgleich grundsätzlich auszusehen hat. Welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht, wird im folgenden Kapitel ausführlich erörtert.

Der variable Umfang der Arbeitszeit ist mit anderen Flexibilisierungsinstrumenten wie Überstunden oder freier Verteilbarkeit der Arbeitszeit über einen längeren Bezugszeitraum kombinierbar. In letzterem Fall verfolgen beide Instrumente allerdings denselben Zweck. Sie wollen dem Arbeitgeber ermöglichen, auf einen ständig schwankenden Arbeitsanfall angemessen und kurzfristig reagieren zu können. Dabei ist die Grenze der zulässigen Flexibilisierung entweder bei einem Bezugszeitraum von einem Jahr oder den angegebenen Höchstgrenzen des variablen Anteils am Arbeitsumfang erreicht. Werden variable Dauer und Bezugszeiträume kombiniert, müssen entsprechende Abschlüsse vorgenommen werden. Das bedeutet, der zulässige variable Umfang verringert sich mit steigenden Bezugszeiträumen und umgekehrt.

Auch die verschiedenen Modelle der Nullstundenverträge selbst sind miteinander kombinierbar. So kann eine Vereinbarung beispielsweise vorsehen, dass ein festes Mindestkontingent an Arbeitsstunden erbracht werden muss und darüber hinaus weitere Stunden abgerufen werden können, wobei sich das Ablehnungsrecht auf die zusätzlichen Stunden beschränkt. Für die Praxis sind solche Verträge besonders empfehlenswert, da sie auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zweifelsfrei als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind. Dadurch werden die praktischen Schwierigkeiten des Arbeitgebers und die gravierenden Nachteile des Arbeitnehmers, die mit der Einstufung eines Nullstundenvertrags als Rahmenvereinbarung verbunden sind, vermieden. Zugleich können beide Seiten davon profitieren, dass der variable Anteil bei der Vereinbarung eines Ablehnungsrechts höher ausfallen darf.

Nullstundenverträge werfen jedoch nicht nur individualarbeitsrechtliche, sondern auch betriebsverfassungsrechtliche Fragen auf. Hier stellt sich vor allem die Frage, ob und in welchem Umfang sich der Betriebsrat bei der Einführung und Vereinbarung von flexiblen Arbeitszeiten bzw. Arbeit auf Abruf einschalten kann. Maßgeblich ist hier das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hinsichtlich des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeit. Dieses wird grundsätzlich für einschlägig gehalten. Es erfährt jedoch durch den überwiegend geforderten Umstand eines kollektiven Tatbestandes eine gewisse Beschränkung, die sich gerade bei der Arbeit auf Abruf bemerkbar macht. Im Ergebnis ergibt sich für den Betriebsrat lediglich ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht. Er muss die

Einführung der Arbeit auf Abruf grundsätzlich hinnehmen, da der Gesetzgeber bei der Wahrung der Voraussetzungen des § 12 TzBfG von einem angemessenen Interessenausgleich ausgeht. Er kann jedoch durch den Erlass von Rahmenregelungen an der Ausgestaltung der Arbeit auf Abruf mitwirken. Der konkrete Abruf des Arbeitnehmers unterliegt hingegen als individuelle Maßnahme mangels eines kollektiven Tatbestandes nicht der Mitbestimmung. Daneben kommt noch eine Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 99 BetrVG in Betracht, da das Bundesarbeitsgericht eine Erhöhung der Arbeitszeit um mindestens zehn Stunden für einen Zeitraum von mindestens einem Monat einer Einstellung gleichstellt. Eine Verringerung der Arbeitszeit unterliegt hingegen nicht der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG.

Zuletzt unterliegt neben der Nullstundenvereinbarung auch der einzelne Abruf der Arbeitsleistung Grenzen. Im Rahmen einer Ausübungskontrolle kann die Abrufentscheidung des Arbeitgebers daraufhin überprüft werden, ob sie billigem Ermessen entspricht. Dies ist nur der Fall, wenn der Arbeitgeber die beruflichen und privaten Belange des Arbeitnehmers, die ihm bekannt oder zumindest für ihn erkennbar waren, berücksichtigt. Darüber hinaus ist der Gleichheitsgrundsatz im Hinblick auf alle Arbeitnehmer, die auf Abruf beschäftigt sind, zu wahren.

E. Rechtsfolgen unwirksamer Nullstundenabreden

Dadurch, dass der Großteil der Vereinbarungen über flexible Arbeitszeiten letztlich an einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB scheitert, was in der Folge zu einer ergänzenden Vertragsauslegung führt, weicht der hier vertretene Ansatz im Ergebnis nur in wenigen Konstellationen von der herrschenden Meinung ab. Diese gelangt bereits bei einer fehlenden Festlegung der Arbeitszeit unmittelbar zu einer ergänzenden Vertragsauslegung und lässt die Fiktion des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG nahezu gänzlich unberücksichtigt. Nur wenn die vereinbarte Höchstarbeitszeit oder ein zusätzlich festgelegtes Stundenkontingent mehr oder weniger zufällig die fingierte Höchstarbeitszeit um nicht mehr als 25% übersteigen, bleibt es nach hier vertretener Auffassung bei der zwanzigstündigen Arbeitszeit. Ansonsten gelangt man infolge der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zur Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung über die Arbeitszeit, was wiederum eine ergänzende Vertragsauslegung zur Lückenschließung nach sich zieht.

In der Begründung weicht der hier vertretene Ansatz dagegen deutlich von dem Lösungsansatz der herrschenden Ansicht ab. Die Fiktion nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG wird nicht mehr mit dem etwas dürftigen und wohl der Auffassung des Gesetzgebers widersprechenden Argument, sie sei nicht interessengerecht, abgelehnt. Sie muss entsprechend dem gesetzgeberischen Willen und dem eindeutigen Wortlaut zur Anwendung gelangen, wenn keine Arbeitszeit vereinbart wurde. Denn dann ist der Tatbestand der Norm erfüllt. Im Übrigen bedarf es auch keiner der Fiktion vorgehenden Konkretisierung, welche ohne Weiteres aus einem gleichbleibenden Abrufverhalten über einen längeren Zeitraum hergeleitet wird. Vorrangig zur Fiktion der Arbeitszeit ist dagegen eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung über die Arbeitszeit, die auch noch während der Durchführung des Arbeitsverhältnisses erfolgen kann. Allerdings genügt auch hier der bloße regelmäßige Abruf über einen längeren Zeitraum ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht, um eine konkludente Vereinbarung annehmen zu können.

Fehlt eine Festlegung der Arbeitszeit führt dies richtigerweise zunächst zur Fiktion einer nun 20-stündigen Arbeitszeit nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG. Liegt eine Arbeitszeit vor, bleibt die Fiktion außer Betracht und man gelangt unmittelbar zur zweiten Stufe: der Inhaltskontrolle nach AGB-rechtlichen Grundsätzen. Gelangt man hier wegen eines zu hohen variablen Anteils zur Unwirksamkeit der Arbeitszeitaufreue, ist die dadurch entstehende Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen. Ausgangspunkt ist die bisher geleistete Durchschnittsarbeitszeit als starkes Indiz für den mutmaßlichen Parteiwillen. Sind im Einzelfall keine bestimmten Bandbreiten oder Höchstabrufrwerte erkennbar, ist eine Begrenzung des variablen Anteils auf 25% vorzunehmen. Dabei sollte die Durchschnittsarbeitszeit auch als Durchschnittswert betrachtet werden und die Möglichkeit einer gleichmäßigen Abweichung nach oben und unten gewährt werden. Also bei einer ermittelten Durchschnittsarbeitszeit von 22,5 Stunden eine Mindestarbeitszeit von 20 und eine Höchstarbeitszeit von 25 Stunden.